

La Mediación Penal en España. Contextos normativos e institucionales. Experiencias prácticas.

Rosa María Freire Pérez

Magistrada na Espanha

INTRODUCCIÓN

El siglo XXI está suponiendo en el ámbito de la Justicia penal, un intento de enfocar la forma de administrar justicia con una nueva lente, la de la víctima. La justicia del siglo XX consiguió la garantía de los derechos del acusado, que puede ver mermadas sus libertades fundamentales, a través del proceso debido. En el siglo XXI, esta cuestión se considera superada y se evoluciona hacia la obtención de una Justicia de mayor calidad, que tenga en cuenta también la situación de la víctima. Ello implica reexaminar los sistemas de justicia penal y las funciones que el Estado asigna al Derecho penal.

Por ello, junto a los viejos modelos de justicia retributiva, e incluso los no tan viejos de justicia resocializadora, ha entrado con fuerza la Justicia Restaurativa, que trata de aunar los fines de estos modelos y aportar nuevas soluciones, nuevas miradas. Ello no supone necesariamente una enmienda a la totalidad del sistema punitivo, consciente de la necesidad del Derecho penal, como soporte último de valores sociales y bienes jurídicos protegibles.

Se trata, trata por tanto, de humanizar el sistema penal y dignificar a quienes lo padecen, víctimas e infractores; también a nosotros, los operadores jurídicos.

Esto significa reconocer este nuevo paradigma de Justicia, la Restaurativa, que aúna y supera los intereses de los ya viejos modelos de retribución – comunidad- y rehabilitación- infractor- , por cuanto incorpora, aúna y da visibilidad a los intereses de la víctima.

La Justicia restaurativa pretende alcanzar los objetivos pretendidos mediante el establecimiento de un **espacio de diálogo** víctima-victimario,

un proceso comunicativo, que favorezca la resolución de la controversia. Para ello se sirve de diferentes fórmulas: los círculos restaurativos, los círculos de sentencias, las conferencias, los diálogos del grupo familiar... en los que el elemento diferencial radica, básicamente, en la diferente presencia durante el proceso restaurativo de elementos importantes de la comunidad. Sin embargo, el principal instrumento del que se sirve es la mediación penal.

MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA: PRESENTE Y FUTURO

Antecedentes Historicos:

Las primeras experiencias de Mediación Penal en España se llevaron a cabo en el ámbito de la Justicia Juvenil, desde principios de los años 90 y fueron impulsadas por psicólogos de los Equipos Técnicos del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

Siguiendo esta vía iniciada en la Justicia de Menores, en el año 1998 se desarrolló, también en Cataluña, y por impulso de Técnicos de la Administración de Justicia autonómica, la **primera experiencia piloto** en el ámbito de la **Justicia Penal de adultos**.

En el año 2000 entra en vigor la Ley Penal del Menor donde expresamente se regula y reconoce **-por primera vez en la Justicia Penal-** la posibilidad de acudir a la mediación-reparación, en delitos con pena aparejada inferior a 5 años de prisión, en íntima conexión, a su vez, con el reconocimiento, también por primera vez en nuestro derecho, del principio de oportunidad. La Fiscalía de Menores de Barcelona- de ámbito provincial-, a la que se ha adscrito por la Administración autonómica un equipo estable de mediadores, ha publicado estadísticas que permiten concluir que el 25 % de asuntos penales registrados en dicho órgano, han terminado con mediación/reparación, cifras que son similares en los sucesivos ejercicios. Además, se han realizado trabajos de investigación a cargo del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada que concluyen en estimar un **bajo nivel de reincidencia** - un 12 % - por parte de los jóvenes que han acudido o han participado en un programa de mediación-reparación.

En el ámbito de la **Justicia Penal de adultos**, en el año 2000, el Departamento de Justicia creó el **primer Servicio de Mediación Penal, vinculado a la Dirección General de Ejecución Penal y Medidas Alternativas**, ubicándolo en la misma sede de los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de Barcelona, si bien con vocación de servicio a toda Cataluña, con delegaciones en todas las capitales de provincia.

Estas primeras experiencias se llevaron a cabo por impulso de jueces, que, miramos la normativa interna y vimos que el Código Penal no regulaba- sigue sin regular a fecha de hoy- la mediación. No obstante, prevé expresamente el otorgamiento de determinados beneficios jurídicos al infractor que repare el daño causado a la víctima, que según los casos pueden consistir en:

. **La apreciación de la atenuante genérica del artículo 21.5.**

La reparación se considera como una **atenuante genérica en el artículo 21.5 del Código Penal**, que recoge como una de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, que el culpable haya reparado el daño ocasionado a la víctima o aminorado sus efectos en cualquier momento del procedimiento, antes del juicio oral.

. La apreciación de alguna de las atenuantes específicas reguladas en diversos tipos penales de la parte especial del Código.

Por otra parte, el Código Penal tipifica diferentes delitos perseguibles únicamente mediante denuncia de la persona ofendida (por ejemplo, el delito leve de amenazas del artículo 171.7). En estos casos un proceso de mediación puede facilitar la obtención de un acuerdo con el cual el perjudicado se considere plenamente reparado y, como consecuencia retire la denuncia y el Juez o Tribunal pueda archivar la causa.

Y con esto trabajamos, inspirándonos, a falta de regulación normativa interna específica, en el contexto internacional:

Naciones Unidas

. *Carta de los Derechos Humanos, de 26 de junio de 1945, Capítulo VI, artículo 34*, refleja para la solución de controversias “*la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos a su elección*”.

. *Resolución 53/243, de 6 de octubre de 1999, sobre la declaración y programa de acción sobre una cultura de Paz.*

. *X Congreso sobre la Prevención del Delito y Tratamiento de la Delincuencia*, abril de 2000, Viena, que estableció la necesidad de que el *concepto de Justicia Restaurativa* debía de ser un elemento fundamental de los debates sobre responsabilidad y equidad respecto a los delincuentes y a las víctimas en el proceso penal de justicia. Opinando que esta clase de Justicia ofrecía al proceso penal una alternativa

a las modalidades establecidas de enjuiciamiento y castigo y a toda la sociedad en el proceso restaurativo.

. *Resolución 55/59 sobre Plan de acción sobre Justicia Restaurativa.*

. *Resolución 26/1999, de 28 de julio, sobre el desarrollo y la implementación de la mediación y las medidas de la Justicia Restaurativa en la Justicia criminal.*

. *Resolución 14/2000, de 27 de julio, sobre principios básicos del uso de la Justicia Restaurativa en los procesos criminales*, que anima el intercambio y experimentación en el ámbito de la mediación penal.

. *Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 7 de enero de 2002, sobre la reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad. La Justicia Restaurativa.*

. *Standards y normas para la prevención del crimen y la Justicia criminal*, Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Criminal, de 18 de abril de 2002, sobre *Principios básicos sobre el uso de los programas de Justicia Restaurativa en los procesos criminales.*

CONSEJO DE EUROPA

1. Las Recomendaciones.

Varias Recomendaciones del Consejo de Europa instan a los Estados miembros a incorporar la mediación y la reparación, así como el reconocimiento de un mayor protagonismo de los ciudadanos en los procedimientos judiciales y en la resolución de los conflictos penales que les afectan:

La *Recomendación núm. R (83) 7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, está orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales que tiendan a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima, como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad. Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros fomentar que se facilite la indemnización a la víctima por parte del delincuente, por ejemplo, previendo tal obligación como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad.

La *Recomendación núm. R (85) 11 de 28 de junio de 1985 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, relativa a la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros revisar la legislación

y su práctica, teniendo presente que las decisiones de la Justicia se deben tomar considerando la reparación del daño sufrido por la víctima y todo el esfuerzo hecho seriamente por el autor del delito en este sentido. Aconseja una adaptación a las directrices que se expresan en su texto y que dan un amplio margen a la reparación e, incluso, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación.

La **Recomendación núm. R (87) 18** de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, concerniente a la **simplificación de la Justicia criminal**, recoge la relevancia del principio de oportunidad y recomienda a los Gobiernos potenciar la aplicación de los principios de descriminalización y de intervención mínima; tomar medidas que faciliten la simplificación de los asuntos menores; y evitar, siempre que esto sea posible, la intervención judicial en primer término. Asimismo, en estos asuntos, se recomienda recurrir a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima y evitar la acción penal, si el sujeto cumple las condiciones acordadas.

La **Recomendación núm. R (87) 21** de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la **asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización**, donde se señalan un conjunto de acciones concretas a favor de éstas, entre las que se encuentra la mediación y contiene la concreta previsión de fomentar las experiencias de ámbito nacional o local de mediación entre el delincuente y su víctima.

La **Recomendación núm. R (99) 19** de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la **mediación en materia penal**.

Considera que los estados miembros tienden cada vez más a recurrir a la mediación penal como una opción flexible, basada en la resolución del problema y en la implicación de las partes, como complemento o como alternativa al procedimiento penal tradicional;

Valora la necesidad de posibilitar una participación personal activa en el procedimiento penal de la víctima, del delincuente y de todos aquellos implicados como partes, así como de la comunidad;

Reconoce el interés legítimo de las víctimas para que puedan expresar las consecuencias de su victimización, comunicarse con el delincuente, obtener razones de él, explicaciones y una reparación;

Considera que es importante reforzar el sentido de la responsabilidad en los delincuentes y darles la oportunidad de rectificar;

Reconoce que la mediación puede contribuir a la solución de los conflictos y a una justicia penal con resultados más constructivos.

Por todo ello, recomienda a los gobiernos de los estados miembros que inspiren su legislación y práctica internas en los principios de la Recomendación para ponerlos en marcha progresivamente y dar a este texto la más amplia difusión posible.

Define la mediación, entendida como un proceso mediante el cual víctima e infractor, voluntariamente se reconocen capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de una tercera persona imparcial, el mediador y establece los principios generales de actuación, orientados tanto a las jurisdicciones penales juveniles como a la jurisdicción penal de adultos.

Entre estos principios generales recoge que la mediación en el ámbito penal tendría que ser un servicio generalmente disponible y que habría de ser posible en todas las fases del procedimiento penal.

Por otra parte, en los fundamentos jurídicos, prevé que la legislación tendría que facilitar la mediación en el ámbito penal.

Entre otros criterios, propone que la mediación únicamente se haga con el libre consentimiento de las partes, tanto para iniciarla como para dejarla en cualquier momento del proceso. En cuanto al contenido de la mediación, es confidencial y no se puede utilizar la mediación como una prueba de culpabilidad en los procedimientos penales.

También, establece criterios de derivación, y de funcionamiento de los servicios, los cuales considera que tendrían que gozar de suficiente autonomía. Igualmente define las líneas de actuación en relación con la formación, el rol y las funciones de los mediadores, etc.

UNION EUROPEA

Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

En las consideraciones previas de la Decisión Marco, se estima que de acuerdo con el plan de acción del Consejo y de la Comisión, esta Decisión se orienta a buscar la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Establece un marco normativo de actuaciones a desarrollar, a nivel de la Unión Europea, a fin de que los estados miembros las incorporen a

sus respectivas legislaciones. Concreta normas referentes a los derechos y garantías de las víctimas, asistencia, protección, indemnización, mediación, cooperación entre los estados miembros, servicios especializados, etc.

Esta Decisión Marco hace referencia explícita a la mediación penal en diferentes apartados:

Artículo 1. Contiene la definición de diferentes conceptos y concretamente en el apartado e) se define “la mediación en causas penales” como **“la busca, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción en la cual interviene como mediador una persona competente”**.

Artículo 10. En sus apartados 1 y 2 insta a los estados miembros a impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a estos tipos de medidas.

Los estados también han de vigilar para que puedan tenerse en consideración los acuerdos a los cuales hayan llegado la víctima y el inculcado con motivo de la mediación en las causas penales.

Según el artículo 17, referente a la aplicación, los estados miembros habían de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta disposición **“a más tardar” el día 22 de marzo de 2006**.

Paralelamente, y con el amparo de la Decisión Marco relativa al Estatuto de la Víctima, aunque fuera ya del plazo vencido en marzo de 2006, otras Administraciones autonómicas como la del **País vasco, La Rioja, y diversas Administraciones locales, y Universidades como la Carlos III de Madrid** crearon y sostienen servicios de mediación que han puesto a disposición de Juzgados concretos para desarrollar experiencias de mediación penal.

Le siguieron experiencias en **Castilla – León, Aragón**, y tras la promulgación de la Ley de Mediación Civil y Mercantil en 2012 se ha producido el efecto expansivo de iniciar o consolidar múltiples experiencias en todo el territorio nacional: Málaga, Sevilla, Toledo, Valencia etc.

Pero es sobre todo el **Consejo Genral del Poder Judicial**, el que, en los últimos años, hizo una apuesta decidida por este método de resolución de conflictos, amparando y coordinando el desarrollo de Experiencias de Mediación penal, impulsando la celebración de cursos y seminarios de formación que se imparten tanto en Formación Inicial, como en Formación Continua, elaborando guías para la práctica de la mediación intrajudicial, impulsando convenios con distintas instituciones y asociaciones y fomen-

tando el conocimiento y la difusión de la mediación intrajudicial, dando visibilidad en la extranet del poder judicial a las distintas experiencias que se están desarrollando .

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Sustituye a la Decisión marco 2001/ 220/JAI del Consejo. Establece un catálogo unitario de derechos de la víctima define como horizonte su recuperación, en sentido amplio. En este marco, es donde la mediación, como instrumento de justicia restaurativa, puede desarrollar su potencial. La directiva, en su único artículo sobre la materia, habla de “procesos de justicia reparadora”, lo cual incluye a la mediación, pero no solo, pues legitima otras fórmulas restaurativas.

ESPAÑA

Código Penal

La Reforma operada en el CP por L. O. 1/2015 introduce por primera vez en un texto de esta naturaleza una referencia a la mediación, y lo hace tanto en su exposición de motivos como en su regulación, que afecta en esencia a la fase de ejecución de la pena.

No define la mediación, por tanto, pero presupone su existencia, y ello significa un importante espaldarazo a la mediación penal, por cuanto supone su reconocimiento, como instrumento útil y pertinente en el ámbito de la Justicia Penal de adultos, nada menos que por la norma básica en este orden.

El art. 21. 5 no sufre modificación alguna, por lo que resulta aplicable todo lo antes expuesto.

El art. 84, tras la reforma, establece: ***1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1º. El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.***

En una interpretación flexible del mismo Código Penal y de otras normas penales, podríamos llegar a deducir, siguiendo ejemplos de derecho comparado, que la reparación conseguida a través de un proceso de mediación, realizado con posterioridad a la sentencia o, incluso, durante la ejecución, hace posible la obtención de determinados beneficios,

como por ejemplo la progresión de grado en el cumplimiento de la pena privativa de libertad, la libertad condicional o el indulto.

Ley Del Estatuto De La Víctima Del Delito

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito en su Título Preliminar recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas, que se va desarrollando posteriormente a lo largo del articulado y que se refiere, tanto a los servicios de apoyo, como a los de justicia reparadora que se establezcan legalmente.

El art.5 regula el derecho de información de la víctima que comprende: k) **Los servicios de justicia restaurativa disponibles**, en los casos en que sea legalmente posible.

Artículo 15. Servicios de justicia restaurativa.

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) El infractor **haya reconocido los hechos esenciales** de los que deriva su responsabilidad;

b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

c) el infractor haya prestado su consentimiento;

d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

e) no esté prohibida por la Ley para el delito cometido

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

CONTEXTO INSTITUCIONAL

Debe hacerse especial referencia a la **Unión Europea**, que es una firme promotora de la utilización de métodos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales cabe mencionar la mediación. En su Portal e-justice (<https://e-justice.europa.eu/>) da cumplida información sobre el estado de la mediación en el ámbito de la Unión y en cada uno de los estados miembros.

Además, y en el ámbito de la Justicia restaurativa, algunos organismos promueven foros de difusión, diálogo y estudio sobre la mediación.

Especial referencia merece el ***European Forum for Victim- Offender Mediation and Restorative Justice***, creado en 1999 bajo los auspicios de la Unión Europea, Programa Grotius, y que participa en diferentes programas europeos de impulso de la Justicia Restaurativa y asimismo dirige el programa AGIS. (www.euforumrj.org).

Más detenidamente me referiré a **GEMME**, Grupo de Magistrados europeos pro mediación (www.gemme.eu)

QUÉ ES GEMME

GEMME es una asociación europea y europeísta que tiene por finalidad la de promover, desde el ámbito de los propios tribunales de justicia, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) y, especialmente, de la mediación.

Se creó en Francia en el año 2004. Su impulsor y primer presidente fue el presidente de la Cour de Casación francesa Guy Canivet. Hoy existen secciones en Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suiza... y miembros asociados de Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Polonia y Lituania. La sección española se constituyó en 2007.

Es una asociación que tiene el estatus de observadora en el Consejo de Europa, y que está vinculada recientemente a la Red Europea de Cooperación Judicial.

Es una asociación de carácter no gubernamental, de adscripción absolutamente voluntaria, que respeta en su seno el pluralismo ideológico de sus miembros, y que pretende ser un punto de encuentro entre profesionales de diversas procedencias y roles en la administración de justicia.

Pueden ser socios los jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales y jueces de paz que lo deseen, sin otro requisito que su presentación por dos miembros que pertenezcan al ámbito territorial del candidato y su admisión por el consejo de administración.

A pesar de que el núcleo fundamental lo constituyen profesionales de la administración pública de la justicia, los estatutos prevén que pueden ser admitidos como socios un 30 % de profesionales de la mediación, o del ámbito de la abogacía o de la enseñanza, que tengan reconocido prestigio por su trabajo en pro de la resolución alternativa de conflictos, y trabajen en el ámbito de los tribunales de justicia.

En la actualidad la asociación cuenta con más de 300 miembros en toda Europa, y la sección española-la más numerosa, con más de 200 socios y lista de espera , para respetar la proporción- ha abierto sus estatutos para que puedan integrarse, también, magistrados y jueces latinoamericanos en condición de observadores. En la última Asamblea de Gemme Europa, celebrada en París , en junio de 2015, se encomendó a la sección española el establecer vínculos con la comunidad jurídica iberoamericana para la creación de una red hermana en Latinoamérica.

En la página web de la **sección española de GEMME**, www.mediacionesjusticia.com, se recoge amplia información sobre el efervescente estado de la mediación en nuestro país.

MEDIACION PENAL

Ultimos Datos Publicados Del Cgpi

A Modo De Conclusión

La mediación penal ha venido para quedarse. A los impacientes, recordar que Cesare Beccaría en su célebre *“De los delitos y de las penas”* (1764) decía: “Tratándose de asuntos difíciles no cabe esperar que se pueda plantar y recolectar de una sola vez; más bien, al contrario, es una obra que precisa de un trabajo laborioso de preparación que lleve a una maduración gradual”. En eso estamos.

La sociedad actual requiere jueces cercanos al ciudadano, con un discurso menos indescifrable y más dirigido a la interpretación de la realidad, jueces que estén empeñados en “hacer “ más que en “decir” justicia, jueces, al modo que define el jurista y filósofo François Ost, menos Júpiter, indiferentes a las consecuencias de sus decisiones, adoptadas desde las altas cumbres de la pirámide kelseniana, y si más jueces Mercurio, los que crean redes , conscientes de que la alta misión que se les exige en un mundo complejo como en el que vivimos, no la pueden realizar solos.

Por ello es preciso continuar sembrando modelos de Justicia más justos, humanos y respetuosos con la dignidad de las personas, como la mediación.

La mediación, con pleno respeto a las garantías, humaniza el proceso penal, y ayuda a mejorar la visión de los ciudadanos acerca del sistema judicial. Aunque sólo sea por eso, o quizás por ello, la incorporación a nuestro proceso penal de la mediación reparadora merece ser considerada e impulsada también por nosotros, los jueces. ❖